

satisfazem ao comando da Lei estadual n.º 9, de 1961, única norma legal aplicável ao caso, e a mais fiel projeção do art. 178 da Lei Magna.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 1967.

JEHOVAH DE ANDRADE CARVALHO  
Procurador do Estado

### SERVIDORES CONTRATADOS SOB REGIME TRABALHISTA. PROVIMENTO EM CARGO EM COMISSÃO

O ilustre Procurador do Estado — Chefe do Serviço Jurídico da SUSEME — formulou consulta a esta Procuradoria, a respeito de problema relativo a servidores contratados, sob o regime da legislação trabalhista, quando são eles providos em cargos em comissão. O nobre Secretário de Estado de Administração, depois de prestar esclarecimentos sobre a matéria, solicita ao Senhor Procurador-Geral seja ratificado ou retificado o procedimento até agora observado pela Administração.

Assim pode ser retratada, em resumo, a hipótese a se examinar: a Lei n.º 72, de 1961, em seu artigo 8.º, assegura aos funcionários efetivos providos em cargos em comissão optarem pelo recebimento de seus vencimentos, acrescidos de 50% do símbolo atribuído à comissão; a Administração estendeu esse benefício a servidores contratados, quando fossem, igualmente, providos em tais cargos.

Sem necessidade de remontarmos a épocas anteriores, porque o problema não tem relevância no passado, é na Lei n.º 14, de 1960, que podemos encontrar o suporte legal a respeito da contratação de servidores, fora dos quadros normais da Administração:

“Art. 28. Para o desempenho de atividade técnico-científica, técnica ou especializada, para cuja execução não disponha o serviço de funcionário habilitado, poderá ser admitido pessoal temporário, por prazo não excedente ao de um exercício financeiro, mediante proposta do Secretário-Geral ou dirigente de órgão diretamente subordinado ao Governador do Estado”.

A observação a se fazer, diante do texto legal, é que ele é de aplicação, não só aos serviços da Administração centralizada, como também a qualquer “órgão diretamente subordinado ao Governador do Estado”, ou seja, aos integrantes da Administração descentralizada.

A primeira conclusão a que se pode chegar, é a de que, quando a Lei n.º 72, de 1961, dispôs em seu artigo 8.º, a respeito da opção antes mencionada, já existiam, dentro da organização de pessoal do Estado, servidores não funcionários. O legislador, se quisesse, ao conceder aquela opção por vencimentos mais metade da comissão, poderia ter disposto quanto a esses servidores, estipulando que, quando fossem eles os providos em comissão, igual tratamento teriam, optando pela percepção de seus salários, acrescidos daqueles 50%. Isso não foi determinado, no entanto, e a conclusão a que fatalmente se há de chegar, é a de que o legislador não quis fazê-lo.

O Decreto “N” n.º 261, de 10 de julho de 1964, que “dispõe sobre a administração das entidades autárquicas e dá outras providências”, ao determinar, no artigo 3.º, § 1.º, item a, a possibilidade de contratação de servidores, para as autarquias, sob a legislação trabalhista, não inovou, não criou nova categoria de servidores para o desempenho de serviços públicos, apenas disciplinou a matéria, consolidando-a em relação às entidades autárquicas.

Resulta do exposto no parágrafo anterior que não se pode aceitar a afirmativa de que, ao ser promulgada a Lei n.º 72, de 1961, ainda não existiam os servidores contratados, pelo que não poderia o legislador ter cogitado de suas situações, quando fossem eles providos em cargos em comissão, daí se ter recorrido, no Parecer encontrado por cópia no processo da antiga Diretora do Departamento do Pessoal, ao uso da analogia.

O recurso à analogia, para se encontrar uma solução ao problema dos servidores contratados, quando providos em cargos em comissão, *data venia* da ilustre prolatora do parecer mencionado, é incabível, porque com ela se estaria, de fato, não completando lacunas do direito expresso, mas fazendo verdadeira obra legislativa.

Vale ser trazido ao debate, pela adequação e pela autoridade de onde promana, o magistério de CARLOS MAXIMILIANO. Diz o mestre:

“O processo analógico, entretanto, não *cria* direito novo; descobre o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum, ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteado pela vida social” (*Hermenêutica*, 3.ª edição, pág. 259).

É preciso se frisar que não há, entre o caso dos servidores contratados e o dos funcionários efetivos, uma semelhança de situações que permita a aplicação da analogia. São as duas classes sujeitas a regimes jurídicos diversos, uma ao estatutário, outra ao de contrato de trabalho. Esse ponto já as distingue nitidamente, acarretando tratamento diverso aos dois casos. A semelhança que poderia entre eles existir seria de mera aparência, podendo a esse respeito, mais uma vez, ser trazido à colação o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO, desta vez acorde com PAUL OERTMAN, HARBAC, COVIELLO e PACCHIONI:

“Evitem-se as semelhanças aparentes, sôbre pontos secundários” (mesma obra, pág. 257).

A faculdade concedida no artigo 8.º da Lei n.º 72, de 1961, é apenas aos funcionários efetivos, de optarem por seus vencimentos. Os contratados, como é óbvio, não são funcionários, nem percebem vencimentos, e sim salários. E o conceder-se a opção unicamente a funcionários, no sentido técnico do termo, não tem fundamento em privilégio que se lhes queira dar, nem em discriminação aos contratados, mas atende a motivos de técnica de administração do pessoal.

Os serviços públicos devem ser atendidos pelo pessoal existente nos quadros da Pública Administração. Se tais serviços crescem sensivelmente em seu volume, devem os quadros ser aumentados, reformulados, para atender a tal situação. A contratação de servidores, ao contrário, destina-se a resolver situações de necessidades imediatas ou especiais, que não possam ser satisfeitas pelos funcionários dos quadros. Aliás, nas próprias autarquias assim se procede, como se vê do artigo 3.º do Decreto “N” n.º 261, de 1964:

“O pessoal de cada órgão autônomo será admitido na forma do respectivo regulamento e sujeitar-se-á, sempre que possível, ao regime estatutário em vigor no Estado.”

O texto do decreto não deixa dúvidas quanto à intenção de, preferencialmente, submeter-se os funcionários ao regime estatutário, ou seja, englobá-los em quadros, de acordo com a técnica de pessoal usada na administração centralizada.

Os servidores contratados, pela sua própria natureza, e pelo fato de que suas contratações visam a atender a necessidades especiais dos serviços públicos, impossíveis de ser satisfeitas pelos funcionários, não podem ser deslocados daqueles serviços para os quais foi preciso recrutá-los. A Lei n.º 14, de 1960 já o determinava:

“Art. 30. Ao pessoal de que trata o artigo 28 não poderá ser comitado serviço diferente daquele para que foi admitido, sob pena de ser o responsável pela irregularidade demitido do cargo ou encargo de direção ou chefia que esteja exercendo”.

O ilustre Chefe do Serviço Jurídico da SUSEME aponta essa proibição no diploma regulamentador daquela autarquia, o Decreto “N” n.º 506, de 26 de novembro de 1965, em que se preceitua:

“Art. 57. O contratado não poderá, em nenhuma hipótese, exercer função diversa daquela para a qual foi admitido,

sob pena de rescisão do contrato, e simultânea apuração da responsabilidade do dirigente que permitiu ou tolerou o desvio”.

O caráter precário e de natureza transitória, que é um característico do pessoal contratado, como estamos tentando mostrar neste pronunciamento, está bem caracterizado na legislação atual. O novo Estatuto, Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, preceitua:

“Artigo 2.º. O serviço público do Poder Executivo do Estado da Guanabara é prestado por:

- I — funcionários;
- II — pessoal temporário;
- III — adjudicação de serviços.

.....  
Artigo 4.º. Pessoal temporário é o admitido, mediante contrato de trabalho, para o desempenho de funções auxiliares de caráter braçal ou para o exercício de atividade técnico-científica, técnica ou especializada, para cuja execução não disponha o serviço de funcionário habilitado”.

Até agora vimos sustentando a impossibilidade do uso da analogia, para estender aos servidores contratados a opção contida no artigo 8.º da Lei n.º 72, de 1961, procurando demonstrar que não há lacuna involuntária no sistema legal, nem semelhanças entre as duas categorias que permitam o emprêgo daquele método de integração do direito positivo. É de se ver, também, que no diploma regulamentador da administração do pessoal das entidades autárquicas, o Decreto “N” n.º 261, de 1964, nada é encontrado, que possa favorecer à tese atualmente adotada pela Administração, permitindo a opção do artigo 8.º da Lei n.º 72, de 1961, aos servidores contratados.

Dispõe êsse decreto:

“Art. 4.º .....

.....  
§ 2.º. Os contratados nos termos das alíneas a e b do § 1.º do art. 3.º, poderão ser providos em cargo em comissão, com a garantia do artigo 450 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Os contratados nos termos da alínea c, mediante termo aditivo no respectivo contrato”.

Seria redundância pretender assegurar aos contratados, pura e simplesmente, a possibilidade de serem providos em cargos em comissão, porque qualquer estranho ao serviço público pode sê-lo. O que se desejou, de fato, foi assegurar-lhes, quando comissionados, os direitos do art. 450 da Consolidação, ou seja, a garantia da contagem de tempo de serviço e a volta ao cargo anterior.

O diploma específico dos contratados em autarquias apenas quis lhes garantir, na hipótese de comissionamento, os direitos trabalhistas. Poderia o Poder Executivo, se o desejasse, também estender aquelas vantagens do artigo 8.º da Lei n.º 72, de 1961, mas não o fez.

A ordem legal, como estamos vendo, não apresenta qualquer lacuna a respeito da matéria em exame, que possa ser preenchida por meio da analogia. O legislador da Lei n.º 72, de 1961, ao conceder a opção aos funcionários efetivos, excluiu de seu âmbito de aplicação os servidores contratados, porque a eles não fez qualquer referência. O próprio Poder Executivo, ao baixar o decreto que regulamentou a questão do pessoal nas autarquias, apenas deu aos contratados o direito contido no art. 450 da Consolidação, quando fôsem eles providos em cargos em comissão.

Parece-nos, diante do que foi exposto e em face da legislação aplicável, que, em princípio, ao ser um servidor contratado provido em cargo em comissão, afastando-se, por conseguinte, daquele serviço para o qual a Administração precisava admiti-lo, deveria seu contrato de trabalho ser rescindido. Tal não poderá ocorrer, no entanto, porque o Poder Executivo, ao baixar o Decreto "N" n.º 261, de 1964, expressamente assegurou-lhes a garantia do artigo 450 da Consolidação, com o que têm eles o direito à volta ao cargo anterior. Assim, ao invés de ser rescindido o contrato de trabalho, deverá ser apenas suspenso, mas jamais se podendo cogitar da possibilidade de manutenção dos salários do contrato de trabalho, unicamente cabíveis contra a prestação dos serviços a ele pertinentes.

Dessa forma, não nos parece ter qualquer apoio legal a orientação que vem sendo seguida pela Administração, no que concerne aos servidores contratados providos em cargos em comissão. A nosso ver deve ser retificada tal orientação, não mais se estendendo a essa classe de servidores o direito à opção apontada no artigo 8.º da Lei n.º 72, de 1961.

É o nosso parecer:

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1967.

ANTÔNIO CARLOS CAVALCANTI MAIA  
Procurador do Estado

### SERVIDÃO DE PASSAGEM PARA CONSTITUIÇÃO DE LOGRADOURO PÚBLICO. USUCAPÍO PELO ESTADO

Origina-se o processo em requerimento de Silvino Pinto para que lhe seja licenciada construção de prédio à Rua Borborema n.º 330, em Madureira, em terreno que se informa servir, há alguns anos, de passagem de pedestres entre aquela e a Rua Tapajós.

Pretendendo, na oportunidade, a Administração oficializar essa passagem, interligando assim os dois logradouros, promoveu a elaboração de

P. A. nesse sentido, e bem assim de decreto de desapropriação do terreno em causa.

Foi quando ocorreu a hipótese de assegurar-se o Estado a propriedade do imóvel fazendo valer a servidão de trânsito nêle estabelecida, usucapindo em vez de desapropriar; em outras palavras, adquirindo o terreno sem precisar indenizar o proprietário.

A questão não é comum, e tem grande interesse, logo se desdobrando em duas outras: servidão de passagem é usucapível? e sê-lo-á pelo Estado, para reconhecimento de logradouro público?

#### I

Sem embargo da carência de um elemento doutrinariamente dado como necessário à justificação da prescrição aquisitiva, o *animus domini* — que, na lição de CLOVIS (comentários aos arts. 550 e 551 do Código Civil), é essencial à caracterização da posse, que deve ser contínua e incontestada... "unida à intenção do possuidor de ter o imóvel como próprio", e que é de todo improvável na passagem através terreno urbano, apenas para encurtar caminho; e malgrado a velha discussão sobre a proteção possessória às servidões *descontínuas*, em que opiniões há de toda ordem, algumas só a reconhecendo às *contínuas* e *aparentes*, outras a todas, e a maioria — com carradas de razões após o Código Civil e seu art. 697 — apenas negando-a às *não-aparentes*, que exigem para que se estabeleçam, vale dizer, para que se tenham por constituídas, a transcrição no Registro de Imóveis — é de se entender que as servidões de trânsito, caminho ou passagem, que são *descontínuas* mas *aparentes* (CLOVIS, Comentários aos arts. 695 e 705), podem ser adquiridas por usucapião.

Outro escolho estaria no disposto no art. 562 sobre nada mais serem os caminhos e atravessadouros particulares que concessões do proprietário, quando se não dirigem a lugares públicos sem outra serventia.

"Os atravessadouros particulares traduzem atos de tolerância de um proprietário e particulares e não um serviço de um fundo a outro fundo. Os atos de mera permissão ou a tolerância não induzem posse, ensinando TROPLONG que tais atos, de simples particulares, têm grande analogia com o precário. Observa justamente PLANIOL que o exemplo mais freqüente dessa espécie é a passagem pelo terreno alheio. Servidão pressupõe a existência de dois proprietários. Passagens e atravessadouros particulares não constituem servidão" (acórdão do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, *Revista Forense*, volume 173, pág. 252).

Por outro lado, não há como negar a indiscutível utilidade pública de uma passagem que permite a ligação entre lugares públicos por exce-